



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Capitolo Decimo Art. 5 Diritto di recesso.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Capitolo Decimo Art. 5 Diritto di recesso / M. Ermini. - STAMPA. - (2003), pp. 403-422.

Availability:

This version is available at: 2158/778384 since:

Publisher:

Giuffrè

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

IL DIRITTO PRIVATO OGGI

Serie a cura di Paolo Cendon

MARIO ERMINI
MASSIMO LASCIALFARI
VALERIO PANDOLFINI

I CONTRATTI DI MULTIPROPRIETÀ

a cura di
VINCENZO CUFFARO

GIUFFRÈ EDITORE

Capitolo Decimo

ART. 5.
DIRITTO DI RECESSO

(Mario Ermini)

GUIDA BIBLIOGRAFICA

1. *Lo jus poenitendi nel diritto dei consumatori.* — La letteratura sull'argomento è assai vasta, cfr., fra gli altri, Zeno Zencovich 1993, 57 ss.; De Nova 1995, 645; Trimarchi 2000, 251 ss.. Per un'attenta ricognizione delle varie ipotesi di recesso nella legislazione di derivazione comunitaria v. Chinè 2000, 635 ss.; in particolare per le ipotesi di recesso del consumatore-risparmiatore in materia bancaria e creditizia, cfr.: per un commento all'art. 30 del T.U. 24 febbraio 1998 n. 58, Pagnoni 1998, 328 ss.; per un'analisi del previgente art. 18-ter secondo comma l. 7 giugno 1974 n. 216, v. Galgano 1988, 79.

1.1. *L'incidenza della disciplina del recesso rispetto alle categorie tradizionali.* — In generale, sui riflessi della legislazione consumeristica sui principi codicistici della materia contrattuale ed in particolare sul principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372 c.c., v. Zeno Zencovich 1993, 69 ss.; Alpa-Chinè 1997, 552 ss.; Princigalli 1995, 102 ss.; Scannicchio 1997, 564; Trimarchi 2000, 251.

1.2. *La posizione della giurisprudenza.* — Sullo stesso tema è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 26.9.1996 n. 8504, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 733; Cass. 20.3.1996 n. 2396, in *Contratti*, 1997, 7.

1.3. *La ratio specifica del diritto di recesso nella multiproprietà.* — sul punto cfr., in particolare, Calò 1999, 313; Chinè 2000, 641; Giuggioli 1999, 44 ss.

2. *Recesso e pubblicità immobiliare.* — Per una analisi dei

riflessi dell'esercizio del diritto di recesso sulle regole della pubblicità immobiliare v. in particolare Giuggioli 1999, 46 ss.

3. *Esperibilità del diritto di recesso rispetto al contratto preliminare e al contratto definitivo.* — La dottrina ritiene, unanimemente che il diritto di recesso possa essere esperito in entrambi i casi cfr. Leo 1999, 46; Munari 1999, 105; Vincenti 1999, 68; Calò 1999, 131; Morello 1999, 66; Caselli 1999, 35. Tuttavia, qualora siano scaduti i termini per l'esercizio del recesso dal preliminare si ritiene che l'acquirente non possa poi recedere dal definitivo — cfr., in particolare Calò 1999, 131.

4. *Diritto di recesso e proposta (irrevocabile) di acquisto.* — Sulla necessità di un'interpretazione estensiva che consenta un'equiparazione della « proposta irrevocabile » al contratto, ai fini della possibilità di recedere da parte dell'acquirente, cfr. Leo 1999, 51 ss.; Munari 1999, 105; Caselli 1999, 38; Morello 1999, 66; De Marzo 1999, 22.

5. *Le varie ipotesi di recesso: il recesso ad nutum.* — Per un primo commento alla disposizione v., in senso critico, soprattutto con riguardo alla eccessiva brevità del termine per l'esercizio del diritto ed alla non adeguata circoscrizione delle spese che il consumatore potrebbe essere tenuto a restituire, Zeno Zencovich 1998; Leo 1999, 56; Vincenti 1999, 45 ss.

5.2. *Le modalità di esercizio del diritto di recesso.* — Fra i primi commentatori della disposizione, v. Giuggioli 1999, 59; Vincenti 1999, 71. Più in generale, sulla forma degli atti unilaterali, v. Macioce 1988, 473. Per un commento alle disposizioni dell'art. 5 d.lgs. n. 50 del 1992, che disciplinano le modalità del recesso dai contratti stipulati dai consumatori fuori dai locali commerciali, v. Putti 1992, 212; Cartella 1992, 733.

Art. 5.
Diritto di recesso

1. Entro dieci giorni dalla conclusione del contratto l'acquirente può recedere dallo stesso senza indicare le ragioni del recesso. In tale caso l'acquirente non è tenuto a pagare alcuna penalità e deve rimborsare al venditore solo le spese sostenute e documentate per la conclusione del contratto e di cui è fatta menzione nello stesso, purché si tratti di spese relative ad atti da espletare tassativamente prima dello scadere del periodo di recesso.

2. Se il contratto non contiene uno degli elementi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d) n. 1), h), i), ed all'articolo 3, comma 2, lettere b) e d), e non contiene la data di cui all'articolo 3, comma 2, lettera e), l'acquirente può recedere dallo stesso entro tre mesi dalla conclusione. In tale caso l'acquirente non è tenuto ad alcuna penalità né ad alcun rimborso.

3. Se entro tre mesi dalla conclusione del contratto sono comunicati gli elementi di cui al comma 2, l'acquirente può esercitare il diritto di recesso alle condizioni di cui al comma 1, ed il termine di dieci giorni decorre dalla data di ricezione della comunicazione degli elementi stessi.

4. Se l'acquirente non esercita il diritto di recesso di cui al comma 2 ed il venditore non effettua la comunicazione di cui al comma 3, l'acquirente può esercitare il diritto di recesso alle condizioni di cui al comma 1, ed il termine di dieci giorni decorre dal giorno successivo alla scadenza dei tre mesi dalla conclusione del contratto.

5. Il diritto di recesso si esercita dandone comunicazione alla persona indicata nel contratto e, in mancanza, al venditore. La comunicazione deve essere sottoscritta dall'acquirente e deve essere inviata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro il termine previsto. Essa può essere inviata, entro lo stesso

termine, anche mediante telegramma, telex e fac-simile, a condizione che sia confermata con lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le 48 ore successive.

1. Lo *jus poenitendi* nel diritto dei consumatori. — 1.1. L'incidenza della disciplina del recesso rispetto alle categorie tradizionali. — 1.2. La posizione della giurisprudenza. — 1.3. La *ratio* specifica del diritto di recesso nella multiproprietà. — 2. Recesso e pubblicità immobiliare. — 3. Esperibilità del diritto di recesso rispetto al contratto preliminare e al contratto definitivo. — 4. Diritto di recesso e proposta (irrevocabile) di acquisto. — 5. Le varie ipotesi di recesso: il recesso *ad nutum*. — 5.1. Il recesso nelle ipotesi di inadempimento di obblighi informativi. — 5.2. Le modalità di esercizio del diritto di recesso.

1. Lo *jus poenitendi* nel diritto dei consumatori.

Le tre fondamentali linee guida seguite dal Governo nell'esercizio della delega conferitagli dal Parlamento con la l. 24 aprile 1998 n. 128, al fine di attuare un'efficace tutela dei consumatori-acquirenti di un diritto di godimento a tempo parziale su un bene immobile, sono rappresentate: 1) dall'obbligo per il venditore della più dettagliata informazione possibile nella fase delle trattative, 2) dalla possibilità dell'acquirente di recedere — anche *ad nutum* — dal contratto 3) dal divieto per il venditore di esigere dall'acquirente somme di danaro, a qualunque titolo, fino alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso (così, la Relazione Governativa al d.lgs. n. 427 del 1998 in *Guida al diritto — Il Sole 24 Ore*, 1999, 17).

Si tratta di meccanismi di tutela ben noti (almeno i primi due) alla legislazione di derivazione comunitaria, diretta alla protezione del consumatore, nella cui scia si inserisce il Decreto in commento.

La politica comunitaria di *consumer protection*, si ispira ad un fondamentale « principio precauzionale » che si esprime, principalmente, attraverso queste due tecniche di tutela: da un lato, infatti, attraverso le regole sulla trasparenza, tende a colmare il *gap* informativo che penalizza il consumatore nella fase delle trattative (ma anche in quella esecutiva delle prestazioni), dall'altro, attraverso il riconoscimento di uno *jus poenitendi* in capo al consumatore, consente a quest'ultimo la possibilità di un

ripensamento della propria decisione e, quindi, la possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale assunto.

Il principio precauzionale, quindi, si attua attraverso un'anticipazione della tutela rispetto alle consuete dinamiche rimediale relative alle conseguenze della patologia negoziale, proprio in quanto mira, non tanto a correggere gli esiti distributivi dei singoli atti di autonomia privata, quanto piuttosto ad una strutturazione dei mercati finali dei beni e dei servizi (cfr. Tassoni 1999, 21).

Per quanto riguarda, in particolare, il diritto di recesso, importanti esempi di questa tecnica di tutela sono contenuti nel d.lgs. 22 gennaio 1992 n. 50, attuativo della direttiva 85/577/CEE relativo ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e nel recente d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185, attuativo della direttiva 97/7/CE in materia di contratti negoziati a distanza.

In entrambi i casi si tratta di un diritto di recesso del contraente « sorpreso » (distingue fra ipotesi di recesso del contraente « sorpreso » e ipotesi di recesso di « protezione », De Nova 1995, 645), a causa di una sollecitazione aggressiva.

In realtà, il secondo intervento normativo si sovrappone in certa misura al primo, sia in quanto i contratti a distanza sono per loro natura negoziati fuori da un locale commerciale, sia in quanto il Legislatore Italiano del '92, nell'attuare la direttiva, aveva espressamente esteso la normativa comunitaria ai contratti televisivi e telematici, anticipando così alcuni aspetti del successivo intervento.

Del resto, è facile scorgere un'analogia *ratio* che sottende, in entrambe le ipotesi, alla disciplina dello *jus poenitendi*: sebbene, infatti, il termine « sollecitazione » (alla cui presenza, espressamente, la normativa di recepimento del '92 subordina l'applicabilità del recesso), non sia espressamente riportato nel d.lgs. n. 158 del 1999, il presupposto della sollecitazione aggressiva viene qui ricollegato, non più tanto all'attività concreta svolta dal venditore o dai suoi agenti (fuori dai locali commerciali), bensì alla capacità di persuasione insita nel particolare sistema di vendita (basato su tecniche di comunicazione a distanza), inteso oggettivamente.

vamente e definito con precisione all'art. 1 lettera *a*) del decreto medesimo.

Altri significativi esempi di *jus poenitendi* (che, però, appartengono alle ipotesi di recesso di « protezione ») nella normativa di derivazione comunitaria, sono contenuti nel d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, attuativo della direttiva 90/314/CE sui contratti di viaggio, le vacanze e i circuiti « tutto compreso ». Gli artt. 11-12 del d.lgs. n. 111 del 1995, infatti, attribuiscono all'acquirente di pacchetti turistici una facoltà di recesso ogni qualvolta il venditore od organizzatore pretenda di variare unilateralmente le condizioni contrattuali già pattuite. Ciò avviene con riferimento alla revisione del prezzo forfetario di vendita del pacchetto e, più in generale, in relazione a qualsiasi modifica significativa degli accordi raggiunti. In questi casi, qualora non intenda accettare le modifiche proposte, l'acquirente può recedere dal contratto senza aggravii di spese e senza l'onere di pagamento di una penale. Una volta receduto, affinché la facoltà di ritiro non si traduca in una sanzione indiretta per il consumatore costretto a rinunciare alla vacanza, il contraente professionale dovrà riconoscergli un altro pacchetto turistico equivalente o di qualità superiore, senza supplemento di prezzo, ovvero un pacchetto di qualità inferiore previa restituzione della differenza di prezzo già versata.

Anche in tale ipotesi, quindi, lo *jus poenitendi*, pur atteggiandosi a strumento di reazione nei confronti di modifiche indesiderate dell'accordo contrattuale, permette di fatto una rivisitazione del consenso già espresso, facendo cadere il contratto anche in relazione a proposte di verifica di singoli elementi dell'accordo che potrebbero non avere la capacità di stravolgere le condizioni sostanziali su cui quest'ultimo si fonda (cfr., Chinè 2000, 607).

Ulteriori esempi sono poi rinvenibili nell'ambito della normativa di tutela del consumatore nelle operazioni bancarie e creditizie; in particolare, l'art. 30 del T.U. 24 febbraio 1998 n. 58 (norma che trova il suo primo antecedente nell'art. 18-ter, secondo comma l. 7 giugno 1974 n. 216) contempla un'importante

ipotesi di recesso a favore del risparmiatore che abbia concluso fuori sede ovvero a distanza un contratto di collocamento di strumenti finanziari o di gestione su base individuale di portafogli d'investimento. Il risparmiatore, in questa ipotesi, potrà recedere senza alcun corrispettivo né spesa, entro sette giorni dalla conclusione del contratto e nel periodo di tempo attribuito al risparmiatore per l'esercizio del recesso l'efficacia del contratto rimarrà sospesa (cfr., sul punto Pagnoni, 1998, 328 ss.; con riferimento alla legislazione anteriore alla vigenza del testo unico sulla intermediazione finanziaria v. Galgano, 1988, 79).

1.1. L'incidenza della disciplina del recesso rispetto alle categorie tradizionali.

È da ritenere che la disciplina del recesso, elemento trasversalmente presente nella normativa comunitaria di *consumer protection*, appartenga al tema del perfezionamento del contratto, in quanto il recesso in parola, pur essendo senza dubbio un mezzo di scioglimento del vincolo già contratto, assume la funzione di prolungamento del termine concesso al consumatore per la revoca della propria dichiarazione (cfr., in questo senso, Zeno Zencovich 1993, 64; Chinè 2000, 635 ss.; Scannicchio 1997, 561e ss.; Trimarchi 2000, 251 ss.).

Infatti, nonostante che l'atto sia già stato stipulato, al consumatore viene concesso quel medesimo potere di far venir meno gli effetti della propria dichiarazione che generalmente è sotteso all'esercizio della revoca della proposta e dell'accettazione. In altri termini, non viene attribuita la facoltà di sciogliere gli effetti contrattuali immediatamente prodotti nel momento perfezionativo dell'accordo, ma si instaura un meccanismo di condizionamento sospensivo del contratto che si avvale del mancato esercizio, entro il termine stabilito, del diritto di recesso da parte del consumatore.

Si può dire, cioè, che il recesso non incide sul rapporto poiché gli effetti tipici del contratto non si sono ancora del tutto prodotti ma deve « configurarsi come un atto, ammesso dalla normativa comunitaria, con cui, nell'ambito di una fattispecie

complessa, a formazione graduale, ad una delle parti è consentito di impedire o no che la fattispecie si completi e gli effetti si producano pienamente » (Trimarchi 2000, 252).

Fin troppo evidenti appaiono le difficoltà di conciliare questa particolare tecnica di tutela con la figura codicistica del recesso.

Come è noto, infatti, nel nostro sistema la figura del recesso si pone quale eccezione alla regola della vincolatività del contratto, essendo possibile — salvi i casi previsti dalla legge per i contratti ad esecuzione periodica — soltanto in via convenzionale ed anche in tali casi esso non potrà essere esercitato dopoché il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (art. 1373 c.c.).

Si tratta, in realtà, di una figura mutuata dai sistemi di *Common Law* nei quali è frequente il richiamo al « *cooling off period* » durante il quale il contraente debole, a mente fredda, può decidere di liberarsi, senza penalità, dal vincolo contrattuale assunto.

Numerose direttive comunitarie, alcune delle quali già recepite dal legislatore nazionale attribuiscono al solo consumatore una facoltà di scioglimento del vincolo negoziale in un termine ritenuto di volta in volta sufficiente per una compiuta rimeditazione del consenso già espresso.

Tale facoltà, in un'ottica di riequilibrio di differenti capacità di recepimento e valutazione dei costituendi impegni contrattuali (a causa del luogo in cui avviene il perfezionamento del contratto, ovvero delle tecniche utilizzate per esprimere il consenso, ovvero ancora per il particolare oggetto della contrattazione), può essere esercitata a prescindere dalla meritevolezza delle motivazioni.

1.2. La posizione della giurisprudenza.

Anche la Suprema Corte si è espressa in senso favorevole alla derogabilità — in presenza di particolari condizioni ed esigenze di tutela — del principio contenuto all'art. 1372 c.c. sulla

indissolubilità del vincolo contrattuale (Cass. 20.3.1996, n. 2396, in *Contratti*, 1997, 7).

La Cassazione ha, infatti, confermato una sentenza del conciliatore, pronunciata secondo equità, nella quale veniva riconosciuta al consumatore la facoltà di recesso da esercitarsi tempestivamente e comunque prima dell'esecuzione, in un contratto che aveva per oggetto un trattamento cosmetologico, concluso nel 1991, anteriormente quindi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 1992, attuativo della direttiva 85/577/CEE.

(*Omissis*). — Ora, secondo la giurisprudenza di questa Corte (v. Cass. 15.6.1991, n. 6794), il giudizio di equità del conciliatore « si traduce nel riferimento a valori obiettivi che giustificano una deroga o una limitazione nel caso concreto alle regole di diritto, con riguardo sia alle conseguenze derivanti da una certa qualificazione giuridica dei fatti, sia alla qualificazione stessa ».

Il limite a tale potere derogatorio è dato, oltre che dalle disposizioni della Costituzione, dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, da intendere come « quelle norme che esprimono i principi regolatori della materia, cioè costituiscono le linee essenziali della disciplina giuridica del rapporto dedotto in causa realizzandone la configurazione tipica ».

La decisione del conciliatore di Perugia non valica tali confini se si considera che, pur posto il principio valevole come regola generale, ma non assoluta, per cui, al carattere bilaterale dell'accordo debba far riscontro una corrispondente bilateralità delle volontà risolutive (art. 1372), già l'art. 1373 prospetta l'eventualità dell'attribuzione a una sola delle parti del potere di incidere risolutivamente sul rapporto contrattuale già in essere ed espressamente prevede che la stipulazione di un corrispettivo per il recesso, non ha effetto quando la prestazione non è stata ancora eseguita.

E se in certi tipi di contratto, come quello associativo (v. art. 2285 c.c.) questo potere di recesso è inerente alla causa tipica del contratto, e non ha bisogno di espressa pattuizione, ben può la legge, anche nei contratti di scambio in determinate situazioni, ed al fine di riequilibrare la posizione di inferiorità di una parte rispetto all'altra, prevedere la soggezione di una parte, al potere di recesso accordato all'altra. (*Omissis*).

Ciò premesso la Suprema Corte giunge alla seguente significativa affermazione:

(*Omissis*). — L'anticipazione o l'estensione di tale diritto (di recesso), pur là dove esso è derogatorio del diritto positivo, non può intendersi effettuato in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, in quanto

esso è rivolto a riequilibrare una situazione di svantaggio in cui una parte — privato consumatore — si sia trovata, rispetto ad un'altra — impresa strutturata — consentendo un tempestivo esercizio della facoltà di recesso da esercitarsi, comunque, prima che il contratto abbia avuto esecuzione. (*Omissis*).

L'importanza del principio enunciato non pare doversi confinare entro i limiti del giudizio equitativo, nell'ambito del quale soltanto la soluzione adottata si giustificerebbe, poiché, pur non violando i principi fondamentali dell'ordinamento, tale principio avrebbe un contenuto comunque derogatorio del diritto positivo.

Pare, invece, che la stessa Corte di cassazione ponga in dubbio la generalità del regola di cui all'art. 1372 c.c. ed affermi il progressivo emergere di una regola di libera recedibilità del consumatore.

Conformemente Cass. 26.9.1996, n. 8504 (in *N.G.C.C.*, 1997, I, 733, con nota di Astone, *Direttive comunitarie, rapporti tra privati e principi generali dell'ordinamento*), risolvendo un caso del tutto analogo al precedente (anche qui trova conferma una sentenza del conciliatore pronunciata secondo equità nella quale si afferma il diritto di recesso del consumatore rispetto ad un contratto concluso — fuori da un locale commerciale — prima del recepimento della direttiva n. 85/577 CEE), motiva la propria decisione affermando che:

(*Omissis*) — non è più possibile far soltanto riferimento al modello di uno statuto unitario del contratto, come disegnato dal codice, essendosi invece delineata in luogo di quello o accanto ad esso, una pluralità di modelli, dipendenti, di volta in volta dallo *status* del contraente (ad esempio: consumatore) o dal modo della contrattazione (ad esempio con offerte porta a porta) o dall'oggetto del contratto (per esempio beni o valori mobiliari), o da varie possibili combinazioni di tali elementi.

Se questo è vero, ne viene di conseguenza anche che l'individuazione dei principi regolatori di una determinata materia contrattuale, entro la cui cornice il giudizio di equità del conciliatore deve mantenersi, non può essere operata soltanto avendo riguardo al modello generale del codice, ma deve altresì tener conto delle specificità del modello contrattuale di volta in volta considerato. (*Omissis*).

1.3. La *ratio* specifica del diritto di recesso nella multiproprietà.

Se, come si è visto, esiste una tendenza della dottrina — ed entro certi limiti anche della giurisprudenza — al progressivo riconoscimento di un principio di libera recedibilità del consumatore dal contratto concluso con il professionista, la *ratio* specifica dell'attribuzione di questo diritto di ripensamento in capo all'acquirente di un diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili si discosta da quella che sottende ad altri interventi comunitari di protezione dei consumatori, in particolare acquirenti a distanza o fuori dai locali commerciali.

Non è infatti l'aggressività della sollecitazione che giustifica la disciplina del recesso; pur essendo, infatti, le tecniche di offerta e vendita delle « multiproprietà » spesso aggressive, tuttavia, esse non lo sono necessariamente.

La *ratio* del diritto di ripensamento pare, invece, doversi ricercare, sia nella complessità delle formule contrattuali usate, spesso laboriose ed articolate (cfr. De Nova, Giuggioli, Leo 1999, p. 45) sia, forse soprattutto, nella difficoltà di comprendere esattamente la natura del diritto che viene acquistato; la difficoltà, cioè, di cogliere quella separazione fra titolarità del diritto e godimento del bene, che caratterizza gli acquisti in multiproprietà, nella quale il secondo aspetto risulta nettamente prevalente rispetto al primo.

Del resto, già nel considerando n. 8 della direttiva n. 94/47/CE si legge che l'elevato livello di tutela del consumatore (di cui il diritto di recesso è forse lo strumento più efficace) si rende necessario « date le caratteristiche particolari dei sistemi di utilizzazione a tempo parziale di uno o più beni immobili ».

Inoltre le difficoltà di cogliere gli esatti contorni giuridici dell'operazione contrattuale possono aumentare « tenendo conto che il bene immobile è spesso situato in uno Stato e sottoposto ad un legislazione diversi da quelli dell'acquirente » (è il considerando n. 11 della direttiva 94/47/CE, che spiega una delle ragioni di opportunità del recesso *ad nutum*).

2. Recesso e pubblicità immobiliare.

La disciplina del recesso contenuta nel d.lgs. n. 427 del 1998 offre alcuni spunti problematici, in rapporto alle regole del codice civile sulla pubblicità nei registri immobiliari.

L'art. 2655 c.c., prevede, infatti, che qualora un atto (contratto) — che sia stato oggetto di pubblicità immobiliare — perda la sua efficacia (perché dichiarato nullo, annullato, risoluto, rescisso, revocato o soggetto a condizione risolutiva), sia necessaria l'annotazione in margine alla trascrizione dell'atto, del fatto che ne ha determinato la cessazione.

Tale annotazione si effettua in base alla sentenza od alla convenzione da cui risulta il fatto estintivo oppure, se si tratta di condizione, può eseguirsi in virtù della dichiarazione unilaterale del contraente in danno del quale la condizione si è verificata.

Il successivo art. 2657 c.c. precisa che titolo per la trascrizione può essere esclusivamente una sentenza, un atto pubblico od una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Si pone dunque un problema di pubblicità dello scioglimento di un contratto di acquisto in multiproprietà che sia stato trascritto nei registri immobiliari, nell'ipotesi in cui lo scioglimento del vincolo dipenda da una dichiarazione unilaterale di recesso da parte dell'acquirente.

Nel silenzio del d.lgs. n. 427 del 1998 sul punto, si è affermato (De Nova, Giuggioli, Leo 1999, 46), che il principio generale espresso dall'art. 1655 c.c., la regola della pubblicità dello scioglimento del contratto che è stato, esso stesso, oggetto di pubblicità, debba trovare applicazione anche per l'ipotesi di recesso in esame.

Quanto alle modalità, si è precisato che il soggetto interessato a far risultare dai registri immobiliari l'avvenuto scioglimento del contratto è essenzialmente il venditore; quest'ultimo, infatti, attraverso l'annotazione dello scioglimento del contratto, mette in condizione il nuovo acquirente di rendere opponibile il proprio acquisto ad eventuali altri aventi causa.

Pertanto il venditore, una volta ricevuta la dichiarazione di

recesso inviata dall'acquirente, stipulerà un atto pubblico o redigerà una dichiarazione (di cui farà autenticare la sottoscrizione) da cui risulti che il contratto è cessato, avendo l'acquirente esercitato nei modi e tempi di legge il proprio diritto di recesso.

La scrittura privata autenticata o l'atto pubblico costituiranno il titolo per l'annotazione *ex art. 2657 c.c.* (cfr. Leo 1999, 47).

In realtà, è ipotizzabile che nella prassi il notaio attenderà, prima di trascrivere il contratto di acquisto, il decorso dei dieci giorni, quale termine per l'esercizio del recesso *ad nutum* da parte dell'acquirente, evitando così il rischio di una doppia formalità (trascrizione del contratto e annotazione dello scioglimento) così ravvicinata.

La questione riguarderebbe, quindi, solo le altre ipotesi di recesso previste all'art. 5 d.lgs. n. 427 del 1998, meno frequenti perché subordinate alla presenza di un inadempimento « informativo » da parte del venditore.

Nell'ipotesi in cui, invece, il venditore contesti la validità del recesso ed agisca giudizialmente per l'esecuzione del contratto sarà l'eventuale sentenza di rigetto a costituire il titolo per l'annotazione dello scioglimento.

Naturalmente la questione della pubblicità del recesso si pone soltanto, come già accennato, per i contratti che abbiano per oggetto il trasferimento di un diritto reale, i soli cioè che a norma dell'art. 4 d.lgs. 427/98 possono definirsi contratti di acquisto in « multiproprietà ».

Qualora oggetto del contratto sia un diritto personale di godimento, il problema della pubblicità del contratto e, quindi, dello scioglimento si pone soltanto nell'ipotesi di una durata del diritto superiore ai nove anni, essendo in tal caso configurabile una applicazione estensiva dell'art. 2643 n. 8 che prevede la trascrizione dei contratti di locazione di immobili di durata ultrannovennale (v. Leo 1999, 48).

3. Esperibilità del diritto di recesso rispetto al contratto preliminare e al contratto definitivo.

L'art. 1 del decreto in commento, nel definire il contratto

oggetto della regolamentazione si riferisce espressamente al contratto (od ai più contratti) con cui « ... si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento su uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana ».

Non vi è alcun dubbio, quindi, che la facoltà di recedere venga riconosciuta al consumatore, sia nell'ipotesi di contratto preliminare sia in quella di contratto definitivo.

Il dubbio, invece, sorge con riferimento all'ipotesi di una sequenza preliminare-definitivo, circa la possibilità del consumatore che non sia receduto dal contratto preliminare di recedere da quello definitivo.

Secondo un'interpretazione strettamente letterale, si potrebbe legittimare l'ipotesi del doppio recesso; infatti l'art. 5 parla di contratto senza alcuna precisazione, rinviando così alla definizione di contratto contenuta all'art. 1 e quest'ultima norma non lascia intravedere alcun rapporto di alternatività fra preliminare e definitivo.

È da ritenere, tuttavia, che un'interpretazione rigorosamente letterale del dettato normativo, in forza della quale si ammettesse il recesso dal definitivo dopo la scadenza del termine per l'esercizio del recesso dal preliminare, contrasterebbe con *ratio* stessa dell'attribuzione del diritto di ripensamento (v., in questo senso, Leo 1999, 52; Calò 1999, 313).

Si è affermato, infatti, che la tutela del consumatore, in questo ambito, consiste nella possibilità di ponderare attentamente il contenuto e la convenienza del contratto dopo che esso è stato stipulato, ma entro un determinato termine dalla stipulazione; pertanto nell'ipotesi di un preliminare seguito dal contratto definitivo, il *dies a quo* per l'esercizio del recesso è rappresentato dal giorno della conclusione del contratto preliminare (così, Leo 1999, 52).

Del resto, se si ritenesse ammissibile l'ipotesi del doppio recesso si prorogherebbe, di fatto e ingiustificatamente, quel « *coo-*

ling off period » che deve, invece, rimanere entro precisi limiti temporali.

Inoltre, essendo il contratto definitivo, rispetto al preliminare, un atto dovuto, la teoria del doppio recesso postulerebbe che l'adempimento sia un evento meramente discrezionale (così Calò 1999, 131).

Naturalmente, qualora il contratto definitivo dovesse discostarsi, non solo sotto il profilo formale, ma innovasse sostanzialmente il contenuto del contratto preliminare, allora un nuovo periodo di « ripensamento » sul nuovo e diverso contenuto del contratto e quindi un nuovo termine per l'esercizio del recesso, sarebbe legittimo e conforme alla *ratio* del decreto.

4. Diritto di recesso e proposta (irrevocabile) di acquisto.

La disciplina del recesso, quale diritto di ripensamento senza penalità — cui si collega strettamente il divieto del venditore di esigere o ricevere acconti o caparre, fino alla scadenza dei termini concessi per l'esercizio del diritto di recesso, previsto al successivo art. 6 del decreto in commento — sembrerebbe poter essere vanificata dalla mancata equiparazione, nel testo della legge, della proposta irrevocabile al contratto.

Si deve, cioè, prendere in considerazione l'ipotesi, del resto frequente nella contrattazione immobiliare, che prima della stipulazione del contratto venga fatta sottoscrivere da un mediatore al potenziale acquirente una proposta irrevocabile d'acquisto e che a tale sottoscrizione si accompagni la consegna, sempre al mediatore, di una somma di denaro.

Naturalmente, qualora l'operazione negoziale si perfezionasse con l'accettazione della proposta da parte del venditore e la stipulazione del contratto, la somma consegnata in precedenza dall'acquirente verrebbe considerata quale caparra confirmatoria; se invece la proposta non fosse accettata si avrebbe la restituzione al proponente della somma data.

Il problema, invece, potrebbe sorgere qualora il consumatore, una volta che la proposta irrevocabile da lui sottoscritta sia

stata accettata, intendesse svincolarsi dall'impegno assunto e non procedere alla stipulazione del contratto.

In tale ipotesi, trattandosi ancora di una fase precontrattuale, la somma di danaro consegnata dal proponente potrebbe assumere (se previsto nella proposta di acquisto sottoscritta dall'acquirente) una qualificazione diversa, ossia quella di corrispettivo della facoltà di revoca della proposta e rimanere, pertanto, acquisita all'impresa venditrice.

Infatti, manca nel testo del decreto d.lgs. n. 427 del 1998, non solo una formale equiparazione della proposta irrevocabile al contratto (peraltro auspicata dalla dottrina, cfr., in particolare, Caselli 1997, 185 ss.), ma anche una esplicita estensione della disciplina del recesso senza penalità, alla proposta d'acquisto che provenga dal consumatore.

In realtà, il rischio di un aggiramento della disciplina di protezione del consumatore, attraverso una astuta qualificazione formale delle rispettive posizioni contrattuali da parte del professionista, era già stato sollevato, con riferimento ad altri interventi legislativi di derivazione comunitaria.

In particolare il d.lgs. n. 50 del 1992, relativo ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, che subordina l'applicabilità della propria disciplina tuzioristica (fondata anch'essa, essenzialmente, sugli obblighi di informazione del professionista e sullo *jus poenitendi* del consumatore) alla attività di sollecitazione del venditore, prevede espressamente che la disciplina in parola si applichi anche alle proposte contrattuali, vincolanti o meno, effettuate dal consumatore quale conseguenza della « sollecitazione » del venditore (art. 1 comma 2 d.lgs. n. 50 del 1992).

L'assenza nel d.lgs. n. 427 del 1998 di un'analoga disposizione precauzionale è stata vista come causa di « una smagliatura nel sistema normativo che può incidere significativamente sui margini di tutela del consumatore — formalmente proponente (De Marzo 1999, 22).

Tuttavia, per evitare questa erosione dei margini di tutela del consumatore, si può osservare come, anzitutto, quest'ultimo qualora intenda svincolarsi senza penalità dall'impegno assunto

con la sottoscrizione della proposta d'acquisto possa, attraverso la stipulazione del contratto preliminare (o di quello definitivo) rendere applicabili le disposizioni del d.lgs. n. 427 del 1998 (facendo assumere alle somme consegnate precedentemente la qualifica di caparra e recedendo, poi, dal contratto); secondariamente è stata avanzata l'ipotesi di un'interpretazione estensiva degli artt. 5 e 6 del decreto, rendendoli applicabili anche alla proposta di acquisto ed evitando, così, un'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni analoghe (sotto il profilo delle finalità perseguite dal Legislatore) che appaiono meritevoli della stessa tutela (v., in questo senso, Leo 1999, 54; De Marzo 1999, 23).

5. Le varie ipotesi di recesso: il recesso *ad nutum*.

La prima ipotesi di recesso, contenuta nel primo comma dell'art. 5, prevede la possibilità di un ripensamento del tutto discrezionale da parte dell'acquirente il quale, senza il minimo obbligo di motivazione, può recedere dal contratto entro dieci giorni dalla sua conclusione.

Il *dies a quo* della decorrenza del termine deve considerarsi il giorno della sottoscrizione del contratto definitivo, ovvero del contratto preliminare (data la già accennata assimilazione contenuta all'art. 1 primo comma lettera *a*) ovvero ancora l'accettazione espressa della proposta irrevocabile di acquisto, dovendo comunque trattarsi di conclusione espressa e scritta.

Il consumatore che recede non sarà tenuto al pagamento di alcuna penalità mentre dovrà rimborsare al venditore soltanto le spese da questi sostenute (e documentate) per la conclusione del contratto delle quali, in precedenza, dovrà essere stata fatta menzione nel documento informativo (art. 2, comma 1 *v. supra*, cap. VII) e nel contratto stesso (art. 3 comma 2 *v. supra*, p. 376 e ss.); inoltre, tali spese dovranno essere relative ad attività che devono necessariamente essere svolte entro i dieci giorni concessi per l'esercizio del diritto di ripensamento.

Molte perplessità sono state sollevate dalla dottrina sull'ido-

neità della norma in esame ad assicurare al consumatore-acquirente una protezione completa ed effettiva.

Si è affermato che il termine di dieci giorni per l'esercizio del recesso *ad nutum* appare troppo breve in relazione all'importanza economica dell'affare (v., Zeno Zencovich, 1998, 10, il quale lo paragona al più ampio termine, di 30 gg., concesso al consumatore contraente di un contratto di assicurazione sulla vita).

Le perplessità più profonde, tuttavia, riguardano la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore relativamente all'obbligo di rimborso da parte dell'acquirente delle spese sostenute dal venditore per la conclusione del contratto.

Nonostante il tentativo di circoscrivere il rimborso, sotto diversi profili (obbligo di menzione delle somme nel contratto e nel prospetto informativo, delimitazione del rimborso alle sole attività da svolgere entro il termine per recedere), l'espressione utilizzata dal Legislatore sembra lasciare al venditore lo spazio per inserire, tra le spese da rimborsare, somme di danaro di importo tale da impedire all'acquirente un sereno riesame dell'operazione negoziale ai fini di un'eventuale ripensamento (La dottrina è concorde: v. Vincenti 1999, 69; Zencovich 1998, 10; Giuggioli 1999, 56).

Infatti, le varie spese che il venditore potrebbe menzionare ai fini del rimborso sono, proprio a causa della genericità del riferimento, assai numerose (imposta di bollo e di registro, onorari del notaio rogante, spese per la documentazione tecnica ipocatastale, ma anche costo della mediazione, onorari per la consulenza legale per la predisposizione del contratto, ecc.) e potrebbero rappresentare, di fatto, una vera e propria penalità per il consumatore che recede, determinando così un aggiramento del relativo divieto.

5.1. Il recesso nelle ipotesi di inadempimento di obblighi informativi.

Si tratta di ipotesi nelle quali il diritto di recesso può esercitarsi esclusivamente in relazione alla mancata indicazione nel

contratto di determinati elementi, e precisamente quelli contenuti all'art. 2, comma 1, lett. *a*) (diritto oggetto del contratto), lett. *b*) (identità e domicilio del venditore e del proprietario), lett. *c*) (descrizione dell'immobile, estremi della concessione edilizia e delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turistico-ricettiva), lett. *d*) n. 1 (nel caso in cui l'immobile sia in costruzione: estremi della concessione edilizia e delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turistico-ricettiva e lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione dell'immobile, la previsione circa il completamento dell'opera), lett. *b*) (il prezzo che l'acquirente dovrà versare, la stima dell'importo delle spese a carico dell'acquirente per l'utilizzazione dei servizi e delle strutture comuni, la base di calcolo dell'importo degli oneri connessi all'occupazione dell'immobile, dalle tasse, imposte, delle spese amministrative accessorie per la gestione, amministrazione, manutenzione e riparazione, nonché eventuali spese di registrazione del contratto), lett. *i*) (informazioni circa il diritto di recesso del contratto con l'indicazione del soggetto a cui deve essere comunicato e le modalità della comunicazione, importo delle spese che l'acquirente è tenuto a rimborsare, informazioni circa le modalità per risolvere l'eventuale contratto di concessione di credito connesso al contratto in caso di recesso); all'art. 3, comma 2, lett. *b*) (il periodo di tempo durante il quale può essere esercitato il diritto oggetto del contratto e la data a partire dalla quale l'acquirente può esercitare tale diritto), lett. *d*) (la possibilità o meno di partecipare ad un sistema di scambio o di vendita del diritto oggetto del contratto, nonché i relativi costi); all'art. 3 comma 2 lettera *e*) (la data e il luogo in cui il contratto è firmato da ciascuna delle parti).

In tutti questi casi l'acquirente potrà recedere entro tre mesi dalla conclusione del contratto e non sarà tenuto a rimborsare al venditore alcuna spesa da questi sostenuta, per la conclusione del contratto medesimo.

Qualora, invece, il venditore dopo la conclusione del contratto, mancante di uno (o più) dei suddetti elementi, provveda

entro tre mesi dalla conclusione stessa a comunicarli all'acquirente, quest'ultimo potrà recedere dal contratto entro dieci giorni dalla comunicazione, alle condizioni previste dal primo comma (ossia con l'obbligo di rimborso delle spese).

Infine, se entro tre mesi dalla conclusione del contratto l'acquirente non abbia esercitato il proprio diritto di recesso ed il venditore non abbia provveduto a comunicare gli elementi mancanti, inizierà a decorrere, dal giorno di scadenza del trimestre, un nuovo termine di dieci giorni entro il quale l'acquirente potrà recedere, sempre alle condizioni previste dal primo comma.

Anche questo complesso meccanismo predisposto per disciplinare il diritto di recesso nelle ipotesi considerate, non è andato esente da critiche.

Anzitutto, infatti, si può notare una certa contraddizione del Legislatore che, da un lato, al fine di raggiungere un dichiarato obiettivo di trasparenza, pone a carico del venditore l'obbligo di indicare nel contratto determinati e specifici elementi « informativi », dall'altro, quale sanzione per l'inosservanza di tale obbligo, prevede, anziché l'invalidità del contratto, un prolungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso, oltre alla perdita per il venditore del diritto al rimborso delle spese.

La tutela dell'acquirente, sotto questo profilo, appare quindi notevolmente ridotta, soprattutto considerando che l'informazione omessa nel contratto potrebbe essere proprio quella relativa al diritto di recesso (difficilmente l'acquirente potrà, nel più ampio termine concesso, acquisire le informazioni mancanti nel contratto).

Inoltre, relativamente alla facoltà concessa al venditore di comunicare tardivamente gli elementi mancanti del contratto il legislatore si è preoccupato di porre l'acquirente nella medesima posizione nella quale si sarebbe trovato se il contratto fosse stato completo in ogni sua parte fino dalla conclusione. Tuttavia, l'informazione comunicata successivamente potrebbe essere proprio quella relativa all'importo delle spese che l'acquirente è tenuto a rimborsare in caso di recesso (che come si è visto nel paragrafo precedente potrebbe essere di considerevole entità), di

cui quest'ultimo viene a conoscenza soltanto dopo essersi vincolato contrattualmente.

5.2. Le modalità di esercizio del diritto di recesso.

Il recesso, che acquista efficacia con la comunicazione alla controparte, essendo atto unilaterale recettizio, deve esercitarsi secondo specifiche modalità previste dal 5 comma dell'articolo in commento.

Il diritto si esercita dandone comunicazione alla persona indicata nel contratto e, in mancanza, al venditore.

Il destinatario della comunicazione del recesso (che deve essere indicato non solo nel contratto ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. *i*, ma anche nel documento informativo), dunque, non è necessariamente il soggetto nei cui confronti tale diritto viene esercitato.

La disposizione, infatti, sembra ammettere che l'operatore commerciale possa stabilire che il diritto di recesso venga manifestato nei confronti di un soggetto terzo (agente, mediatore, o comunque all'uopo incaricato dallo stesso venditore).

Del resto, una simile disposizione si riscontra nell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 1992, in materia di contratti stipulati dal consumatore fuori dai locali commerciali, che facendo riferimento al « soggetto nei cui confronti va esercitato il diritto di recesso » sembra lasciare spazio ad un'analoga interpretazione (cfr., in questo senso, *Cartella* 1992, 733).

Naturalmente, qualora nel contratto fosse omessa l'indicazione del destinatario della comunicazione del recesso, quest'ultima dovrà essere effettuata direttamente al venditore.

La comunicazione del recesso deve essere sottoscritta dall'acquirente ed inviata — entro il termine previsto — mediante raccomandata con avviso di ricevimento, oppure mediante telegramma, telex e facsimile ma in questi casi è necessario dare conferma a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento entro le 48 ore successive.

È da ritenere che il termine orario delle 48 ore successive debba intendersi quale termine di due giorni successivi anche

perché, mentre il telegramma, il telefax ed il fac-simile indicano l'ora dell'invio, sulla raccomandata non c'è l'indicazione dell'orario di consegna all'ufficio postale, mancando così ogni possibilità di un riscontro oggettivo (cfr. Giuggioli 1999, 59, Vincenti 1999, 71).

La previsione delle modalità con cui deve avvenire la comunicazione, tuttavia, potrebbe non significare che tale atto unilaterale recettizio sia perciò sottratto alla libertà delle forme.

Il principio dell'art. 1335 c.c., infatti, conferma la necessaria strumentalità del requisito di forma rispetto alla conoscenza e, quindi, che il mancato rispetto della modalità prevista dalla legge per la comunicazione non impedisce il realizzarsi, altrimenti, dell'effetto richiesto.

Non essendo prevista, dalla disposizione in commento, alcuna invalidità per l'inosservanza della forma prescritta, si potrebbe ipotizzare la validità di una comunicazione data in altra forma, purché contenga i requisiti minimi di idoneità allo scopo (sulla forma degli atti unilaterali recettizi v. Macioce 1988, 473. Analoghe considerazioni sono state svolte relativamente alle modalità di esercizio del recesso, previste dal d.lgs. n. 50 del 1992, in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali, da Putti 1993, 212).

Il problema, in questa ipotesi, riguarderebbe la prova dell'avvenuta comunicazione.

Infine, nel silenzio della legge qualche dubbio potrebbe sorgere sulla essenzialità o meno dell'avviso di ricevimento ai fini della prova dell'esercizio del diritto di recesso (il terzo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 50 del 1992, in tema di vendite fuori dai locali comunali, invece, specifica la non essenzialità dell'avviso di ricevimento della comunicazione del recesso).